

University of Groningen

Europa mijlenver verwijderd van een geharmoniseerde oneerlijkheidstoets

Pavillon, C.M.D.S.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S. (2007). Europa mijlenver verwijderd van een geharmoniseerde oneerlijkheidstoets. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, nr. 7, p. 274 - 283.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Europa mijlenver verwijderd van een geharmoniseerde oneerlijkheidstoets

Nr. 37

C.M.D.S. Pavillon¹

De problematiek van de consistente interpretatie van Europese open normen

1. *Director General of Fair Trading v First National Bank* – de eerste en (vooralsnog) enige uitspraak van de *House of Lords* met betrekking tot de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn oneerlijke bedingen² – illustreert op sprekende wijze de problematiek van de consistente interpretatie van Europese open normen door de nationale rechter.³ Deze uitspraak geldt in voorliggend artikel als vertrekpunt voor een vergelijking van de uitleg van de oneerlijkheidstoets door de Engelse en Nederlandse rechter. Na een bespreking van de uiteenlopende uitspraken van de *Law Lords* zal op de casus de Nederlandse toets (art. 6:233 onder a BW) worden toegepast. Deze nationale invullingen van de richtlijntoets zullen, voor zover mogelijk, langs

een Europese meetlat worden gelegd. In dit verband zal worden stilgestaan bij het gebrek aan richtinggevende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG of het Hof) bij de vaststelling van wat een richtlijnconforme interpretatie van de toets vormt. 2. Open normen vallen onder de brede categorie abstracte termen die door de rechter dienen te worden geconcretiseerd. Onderscheidende kenmerken zijn aan open *normen* inherente juridisch-normatieve inzichten en een prescriptief karakter. Het Europees verbintenissenrecht bevat een breed scala aan in richtlijnen neergelegde open normen. Handelaren dienen zich bijvoorbeeld te onthouden van het gebruik van *misleidende* reclame⁴, *oneerlijke* contractsbedingen en *oneerlijke* handelspraktijken.⁵ Open normen bevatten, anders dan gesloten normen, weinig informatie over ‘het rechtvaardige’ en geven niet aan welke omstan-

1 C.M.D.S. Pavillon is verbonden aan de vakgroep Privaat- en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.

2 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95.

3 *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* [2001] 1

UKHL 52.

4 Richtlijn 84/450/EEG inzake *misleidende* reclame (*PbEG* 1984, L 250/17).

5 Richtlijn 2005/29/EG inzake *oneerlijke* handelspraktijken (*PbEU* 2005, L 149/22).

digheden beslissend zijn (deze kunnen dan ook onmogelijk limitatief worden vastgesteld). De rechter beschikt hierdoor over een grote mate van beoordelingsvrijheid.⁶ Wettelijk vastgelegde open normen zijn zo ontworpen dat rechters voldoende manoeuvreerruimte hebben om in een concreet geval een naar eigen inzicht rechtvaardig resultaat te bereiken, dat *binnen* het kader van de wet valt. Gesloten normen hebben behalve een gebrek aan aanpassingsvermogen ook als nadeel dat hierop sneller kan worden ingespeeld door norm omzeilende partijen. Nadelen van open normen zijn een vergroot risico op rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid alsmede, op Europees niveau, het bemoeilijken van de harmonisatie.

3. Open normen uit Europese richtlijnen moeten worden omgezet in nationaal recht. De nationale rechter dient de tot nationaal recht geworden norm uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.⁷ De opname van de norm in de nationale context en de beschikbare rechterlijke speelruimte geven aanleiding tot verschillende nationale invullingen van de norm, afhankelijk van nationale beleidskeuzes, juridische tradities en praktijken. Deze nationale accenten zijn slechts 'toegestaan' zolang er aan de plicht tot richtlijnconforme interpretatie is voldaan.⁸ Bij gebrek aan voldoende (Europese) sturing neemt het gevaar van niet-conforme uitleg bij open normen echter sterk toe. Omdat uiteenlopende interpretaties een geharmoniseerd verbintenissenrecht *in de toepassing* bemoeilijken zijn Europese abstracte termen een punt van zorg voor de Europese Commissie.⁹ Blijft harmonisatie in de toepassing uit dan komt ook het (overigens vaak bekritiseerde) internemarkt doel van deze harmonisatie in het gedrang en verworden richtlijnen gebaseerd op open normen tot papieren tijgers.

Divergenties in de interpretatie van open normen afkomstig uit Europese richtlijnen kunnen door voldoende inzicht in de systematiek en strekking van de norm worden voorkomen. De vraag is echter of hierover voldoende informatie voorhanden is. De rechter heeft meestal weinig aan de tekst van de richtlijn, haar considerans en de lange reeks totstandkomingsdocumenten. Waar deze laatste moeilijk toegankelijk zijn (letterlijk en figuurlijk), ontbreekt het de eerste twee bronnen vaak aan duidelijke definities.¹⁰ Wanneer de wetteksten geen uitsluitel bieden, waarborgt een prejudicieel beroep op de interpretatieve

taak van het HvJ EG de richtlijnconforme uitleg van de norm (art. 234 EG).

4. Leggen de Engelse en de Nederlandse rechter de oneerlijkheidsnorm op eenzelfde wijze uit? Deze vraag zal worden beantwoord door de *First National Bank*-zaak als *case-study* te hanteren (I). Teneinde de mate van richtlijnconformiteit van de Engelse en Nederlandse interpretaties van de norm vast te stellen, zullen deze worden gespiegeld aan een tekstuele, systematische en historische interpretatie van de Europese toets en de geringe rechtspraak dienaangaande. Er bestaat immers geen gemeenschapsautonome definitie van de structuur en strekking van de oneerlijkheidstoets (II). In het derde en laatste deel zal een verklaring worden gezocht voor het gebrek aan sturing door het Hof bij de uitleg van deze richtlijnnorm in het bijzonder (III).

I. Case Study: Director General of Fair Trading v First National Bank

■ De Engelse context

5. De Richtlijn oneerlijke bedingen is in het Engelse recht aanvankelijk omgezet in de *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* (UTCCR 1994) en na een noodzakelijke aanpassing betreffende het collectieve actierecht van consumentenorganisaties, in de *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (UTCCR 1999).¹¹ De centrale oneerlijkheidstoets is echter ongewijzigd gebleven. Al betreft de *First National Bank*-zaak de UTCCR 1994, zijn relevantie voor de interpretatie van de norm is intact gebleven.¹² *Regulation* (Reg.) 4 UTCCR 94 bevat de letterlijk uit art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen overgenomen oneerlijkheidstoets:

'in these Regulations (...) 'unfair term' means any term which contrary to the requirement of good faith causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.'

Deze toets sluit in zich het voor de *common law* als *legal irritant* omschreven goedetrouw-beginsel.¹³ Een *general principle of good faith* dat een rol speelt bij iedere fase van het contract (totstandkoming en uitvoering) bestaat in het Engelse recht niet. Toch is de Engelse rechter niet onbekend met het 'ingrijpen' in oneerlijke contractssituaties.¹⁴ Er be-

6 Open normen zijn vergelijkbaar met slecht falsificeerbare wetenschappelijke theorieën: J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid – Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 46.

7 Zie o.m. HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, *Marleasing*, Jur. 1990, p. I-4135, NJ 1993, 163.

8 Richtlijnen gebaseerd op minimumharmonisatie staan een zekere mate aan divergentie toe zolang het minimum beschermingsniveau in acht wordt genomen. Dit veronderstelt echter dat duidelijk is om welk minimumniveau het gaat. De in dit artikel centraal staande Richtlijn oneerlijke bedingen bevat een minimumnorm.

9 Mededeling van de Commissie over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398 def. (PbEG 2001, C 255/1), nr. 36 en 38.

10 Dit aspect wordt door de Commissie sterk betreurd. Als oplossing heeft zij onder meer een Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voorgesteld: *Een coherenter Europees verbintenissenrecht; een actieplan*, COM (2003) 68 def. (PbEU 2003, C 63/1), nr. 18, 19 en 62.

11 Dit recht was in de UCCTR 94 ten onrechte aan het *Office of Fair Trading* voorbehouden.

12 De lijst van indicatieve gezichtspunten uit overweging 16 considerans, die in sch. 2 UTCCR 1994 was opgenomen, is in de UCCTR 99 komen te vervallen. Zij blijft met het oog op de plicht tot richtlijnconforme interpretatie van onverminderd belang. Zie voorts nr. 6.

13 G. Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', *Modern Law Review* 1998, p. 11.

14 'English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness' aldus L.J. Bingham in: *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1988] 1 All ER 348. Voorts toont de omgang met de *reasonableness* test een zekere welwillendheid om in te grijpen in de contractsvrijheid: R.R.R. Hardy, 'Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.: exoneratieclausules en de "doctrine of fundamental breach"', *NTBR* 2004, 61, p. 322.

staat in het Engelse recht bijvoorbeeld een goedetrouw-be-grip dat specifiek van toepassing is op een bepaald type overeenkomst (arbeids- of verzekeringsovereenkomst).¹⁵ Voorts beschikt de Engelse rechter over instrumenten met aan de algemene goede trouw soortgelijke functies (de *Equity*-doctrine) en toepassingsmethodes (de *reasonableness-test* uit de *Unfair Contract Terms Act 1977* – UCTA 1977 – dat evenals de oneerlijkheidstoets een *circumstantial test* vergt). Het verzet tegen een algemeen principe van goede trouw hangt samen met een afkeer van *general clauses* en een ver-gaand (maar niet onbegrensd) respect voor de individuele contractsvrijheid van partijen.¹⁶

Drie vragen aangaande het goedetrouw-beginsel die in het vervolg van deze *casestudy* veel aandacht zullen krij-gen, is ten eerste of het beginsel een zelfstandig dan wel aan de ‘*imbalance*’ ondergeschikt criterium vormt, ten tweede of het op de totstandkoming dan wel op de in-houd van het beding toeziet (*procedural v. substantive un-fairness*) en tot slot of het objectief dan wel subjectief moet worden opgevat. De antwoorden op deze vragen zijn illustratief voor de uitlegverschillen. De schijnwerpers zullen met name op de tweede vraag zijn gericht, die met betrekking tot de aard van de oneerlijkheidstoets.

6. Par. 3 van Reg. 4 UTCCR 94 bepaalt dat bij de vaststel-ling van de goede trouw de volgende gezichtspunten in acht moeten worden genomen:

- ‘a) de min of meer sterke respectieve onderhandelingspo-sities van de partijen;
- b) de vraag of de consument op enigerlei wijze tot in-stemming met het beding is aangezet;
- c) de vraag of de goederen of diensten op speciale bestel-ling van de consument zijn verkocht of geleverd; en
- d) de mate waarin de verkoper op eerlijke en billijke wij-ze heeft onderhandeld met de andere partij.’

Deze in *schedule* (sch.) 2 UTCCR 94 neergelegde gezichts-punten zijn vrijwel letterlijk uit overweging 16 van de *considerans* overgenomen. In de *considerans* behelst het laatste gezichtspunt echter de precisering dat de verkoper kan voldoen aan het goedetrouw-vereiste door ‘eerlijk en billijk te onderhandelen met de consument, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking moet nemen’. Deze toevoeging is in sch. 2 weggelaten omdat, zo wordt in de literatuur gesteld, het goedetrouw-vereiste verderreikt dan de inachtneming van de legitieme belangen van de consument, waar a), b) en c) reeds impliciet aan refereren, en tevens aspecten als de naleving van de informatieplicht en van het transparantiegebod omvat.¹⁷ Of deze visie

overeenstemt met een Europese lezing van de toets zal la-ter blijken.

■ First National Bank-uitspraak: wat eraan voorafging

7. De *First National Bank* (FNB) maakte in standaardkre-dietovereenkomsten met consumenten gebruik van een *interest after judgment clause*, ofwel een beding dat er in voorzag dat de wanbetalende consument, aan wie door de rechter een *time order* was verleend¹⁸, na deze rechter-lijke beslissing de contractueel vastgestelde rente ver-schuldigd bleef. Zonder het beding liep de contractuele rente *niet* verder op na een *time order*, daar de nieuw ont-stane betalingsverplichting niet langer voortvloeide uit het contract maar uit de uitspraak van de rechter. *Statuto-ry interest* was op grond van de *County Courts (Interest on Judgment Debts) Order 1991* (CCO 1991) onmogelijk ‘*on a money judgment*’. Terwijl de bank via de rechter de afbeta-ling in termijnen van de lening en al verschuldigde rente kon afdwingen, verzekerde zij zich er middels dit beding van dat de contractuele rente op de resterende schuld ook na de *time order* bleef doorlopen. Daarmee nam deze schuld steeds verder toe, terwijl de rechterlijke beslissing er juist op toezag dat de consumentkredietnemer deze schuld af zou bouwen. Rentebedingen zijn als zodanig niet bij *Statute* verboden.

8. Nadat de FNB had geweigerd het rentebeding te wijzi-gen, heeft de *Director General of Fair Trading* (DGFT) bij de *High Court* tegen de bank zijn eerste verbodsactie inge-steld.¹⁹ De *High Court* toetste het beding aan reg. 4 en wees de vordering af. Het beding was niet oneerlijk om-dat de consument *niet verrast* zou *reageren* wanneer hem wordt verteld dat de rente ook na een *time order* was blij-ven doorlopen.²⁰ De *High Court* heeft de oneerlijkheds-toets opgevat als een toets van ‘procedurale’ aard waarin de oneerlijkheid van het beding niet zozeer afhangt van de inhoud ervan maar van ‘procedurale’ omstandigheden als de (veronderstelde) kennisneming van en instemming met het beding door de consument-kredietnemer.

De DGFT ging in beroep bij de *Court of Appeal*, die het be-ding wel als oneerlijk aanmerkte.²¹ Net als bij de *High Court* lag de nadruk op de ‘procedurale’ oneerlijkheid. Niettemin had de hoger beroepsrechter ook oog voor de inhoudelijke oneerlijkheid van het beding. Het beding schiep een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tus-sen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument doordat het de bank in staat stelde ‘*to do something which would not normally be possible under the*

15 S. Whittaker, ‘Theory and Practice of the “General Clause” In English Law: General Norms and the Structuring of Judicial Discretion’, in: S. Grundmann e.a. (red.), *General Clauses and Standards in European Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, p. 67-68.

16 ‘A duty to negotiate in good faith is (...) inherently inconsistent with the position of a negotiating party’: *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128, al ‘(zijn) er grenzen’: C. Bollen, ‘Walford v Miles’ [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 AC 128, *NTBR* 2005, 67, p. 386.

17 E. Macdonald, ‘The Emperor’s Old Clauses: Unincorporated Clauses, Misleading Terms and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations’, *The Cambridge Law Journal* 1999, p. 417.

18 *Section 129 Consumer Credit Act 1974* bepaalt dat de rechter een wanbetalende consument-kredietnemer een *time order* kan verle-

nen. Dit houdt in dat de consument zijn schuld gespreid, in door de rechter bepaalde termijnen, mag terugbetalen.

19 Preventieve acties waren naar Engels recht tot aan de invoering de richtlijn niet mogelijk. De bestrijding van oneerlijke bedingen in Engeland is tegenwoordig echter voornamelijk het werk van de *Office of Fair Trading* (OFT), dat veelal in een buitengerechtelijke context met bedrijven over wijzigingen in algemene voorwaarden onderhandelt. Het aanpassen en het verwijderen van volgens de OFT oneerlijke bedingen geschiedt doorgaans in goed overleg, zonder tussenkomst van de rechter. Dit onderstreept het bijzondere karakter van deze uitspraak.

20 [2000] 1 W.L.R. 98, overweging 32.

21 [2000] 2 W.L.R. 1353, CA.

law'. Normally refereert aan de (theoretische) situatie waarin de rechter zijn bevoegdheid ex section 136 Consumer Credit Act 1974 (CCA 1974) om een rentebeding in te perken of te verbieden aanwendt. In de praktijk maakt hij echter vrijwel nooit gebruik van deze bevoegdheid. Het rentebeding is volgens de Court of Appeal oneerlijk zolang de rechter bij het opleggen van de time order niet actief is gewezen op zijn bevoegdheden onder de CCA 1974 (en tevens nadrukkelijk heeft overwogen hiervan gebruik te maken). De inhoudelijke oneerlijkheid van een beding kan mijns inziens echter niet gelegen zijn in het feit dat diens gebruiker de 'vergeetachtigheid' van de rechter niet tracht te voorkomen. Dit gaat erg ver.

■ De oneerlijkheidstoets volgens de Law Lords²²

9. Lord Bingham beschouwt het goedetrouw-criterium als een zelfstandig onderdeel van de oneerlijkheidstoets een heeft bij de uitleg hiervan aan kunnen haken bij de *Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd*-uitspraak.²³ In deze zaak, dat werd gewezen onder common law aan de hand van de rules of incorporation, had hij het good faith-beginsel eerder al van een uitleg voorzien. Het beginsel is destijds door Lord Bingham ingevuld aan de hand van de open and fair dealing-maatstaf, dat bovenal op de totstandkoming van de overeenkomst ziet. Het achterwege houden van informatie door de sterkere partij en bijbehorende inperking van de keuzevrijheid van de zwakkere partij vormen belangrijke gezichtspunten bij deze maatstaf. In de *First National Bank*-uitspraak legt hij opnieuw de nadruk op de 'open en eerlijke bejegening' van de consument bij de opname van het beding in de overeenkomst. Lord Bingham heeft het goedetrouw-beginsel subjectief opgevat: de sterkere partij dient openheid te betrachten en mag 'whether deliberately or unconsciously' de zwakkere partij niet uitbuiten gedurende het proces van contractsluiting. De onervaren en onwetende consument die door al dan niet bewust toedoen van de gebruiker een slecht geïnformeerde keuze maakt en akkoord gaat met een oneerlijk beding wordt beschermd door de open and fair dealing-maatstaf. De goede trouw verwijst naar 'good standards of commercial morality and practice'. De fairness van een beding hangt af van het open en redelijke gedrag van diens gebruiker tijdens de totstandkoming van de overeenkomst (r.o. 17). De subjectief bedoelde open fair and dealing-maatstaf lijkt ongeschikt voor een abstracte toetsing. Toch lukte het Lord Bingham zijn 'procedurele' toets in de abstracte context van een preventieve toets toe te passen met als vreemde uitkomst dat het met het oog op de belangen van de kredietverlener niet-verrassende beding, waarover de consument (pas in latere instantie CMDSP) voldoende werd geïnformeerd, de toets kon doorstaan. Lord Bingham besteedt, behalve aan de goede trouw, ook aandacht aan het tweede criterium uit de toets: de aan-

zienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en plichten van partijen ten nadele van de consument. Dit doet hij wederom vanuit een 'procedurele' invalshoek. Het wekken van verkeerde verwachtingen bij en het blootstellen van de consument aan (slechte) verrassingen vormt de achterliggende 'procedurele' maatstaf bij de vaststelling van de verstoring.²⁴ Deze vaststelling komt bij Lord Bingham neer op het opmaken van een balans tussen de financiële belangen van beide partijen. De financiële belangen van de kredietgever bij het verschuldigd blijven van de rente wegen uiteindelijk zwaarder omdat het voortzetten van zijn leenactiviteiten hiervan afhangt. Deze nogal twijfelachtige uitkomst krijgt vervolgens een sterk 'procedurele' dimensie. De consument zou alleen al vanwege de kenbare financiële belangen van de bank niet verrast mogen zijn door het (bovendien) ondubbelzinnig geformuleerde beding (r.o. 20). De reden waarom de consument i.c. al helemaal niet verrast mocht zijn, was dat de kredietgever zich aan zijn 'informatieplicht' had gehouden door een waarschuwingsbrief te sturen (r.o. 24).²⁵ Lord Bingham heeft al met al niet naar de inhoud van het beding gekeken. Toch leek hij aanvankelijk een deels inhoudelijke toetsing op het oog te hebben: 'Regulation 4(1) lays down a composite test, covering both the making and the substance of the contract' (r.o. 17).

10. Lord Steyn besteedt op zijn beurt wel degelijk aandacht aan de substantive unfairness. Volgens hem overlappen beide criteria (goede trouw en aanzienlijke verstoring) elkaar naar hun aard grotendeels. Onder de door hem objectief opgevatte goede trouw (een groot verschil met Lord Bingham) schaaft hij vervolgens een combinatie van zowel inhoudelijke als 'procedurele' aspecten, waarbij deze laatste aspecten bij de abstracte toets naar de achtergrond verdwijnen. De UTCCR 94 biedt volgens Lord Steyn weinig houvast voor de invulling van deze toets. Hij tracht om die reden het onderbelichte onderscheid tussen concrete en abstracte toets te verduidelijken door deze twee toetsen respectievelijk te herleiden tot de in zijn visie complementaire 'procedurele' en materiële dimensies van de oneerlijkheidstoets. Bij de preventieve toets staat volgens hem de inhoudelijke dimensie voorop (r.o. 33). Bij de concrete toets in een individuele zaak zal naar verwachting juist de 'procedurele' oneerlijkheid van belang zijn.²⁶ Na een 'purely procedural unfairness' te hebben afgewezen, past Lord Steyn de fictieve vergelijkingsmethode toe – de aan een inhoudelijke oneerlijkheidstoets inherente vergelijking met de rechtstoestand die zonder het beding zou hebben bestaan²⁷ – en komt tot de conclusie dat de aan het rentebeding gebonden consument inderdaad slechter af is. Zonder het rentebeding geldt de in de CCO 1991 voorziene situatie: de renteverplichting stopt na de time order. Niettemin staat de oneerlijkheid van het beding op grond van de door de verdediging bepleite inhoudelijke

22 De uitspraken van Law Lords Bingham en Steyn krijgen vanwege hun relevantie voor dit artikel hierin alle aandacht.

23 Interfoto *Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1988] 1 All ER 348.

24 Vgl. naar Nederlands recht de verrassende bedingen, die aan onze inhoudstoets een 'procedurele', immaterieel tintje geven.

25 De Court of Appeal achtte de informatieplicht (terecht) wel degelijk geschonden nu daaraan ten tijde van de contractsluiting niet was voldaan.

26 Zie ook: H. Beale, 'Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK', *Journal of Consumer Policy* 2004, p. 297: 'In an individual case the procedural fairness of the transaction is often very relevant – a term that in substance may well be fair provided that it is clearly explained to the consumer may be unfair if the consumer is not given a chance to find out about it.'

27 Zie ook: Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. Nieuw BW B55), Deventer: Kluwer 2003, nr. 25.

toets volgens hem niet vast: het nadeel ontstaat niet door het beding maar door de CCO 1991 zelf, waarvan in het beding moet worden afgeweken om de uitgangssituatie, waarin de rente verschuldigd is, te herstellen (r.o. 31). Deze passage is hoogst merkwaardig: het nadeel voor de wederpartij kan slechts niet door het beding zijn veroorzaakt wanneer dit nadeel bij het wegdenken van het beding aanwezig blijft.²⁸ I.c. verdwijnt het nadeel in de fictieve rechtstoestand. Voor Lord Steyn is doorslaggevend dat het Engelse recht, ondanks het door de CCO 1991 ingestelde statutaire regime, het aan de belangen van de kredietverlener tegemoetkomende beding niet met zoveel woorden verbiedt. Bij gebrek aan een wettelijke verbodsbepaling prevaleert de contractsvrijheid. Lord Steyn past de inhoudstoets zo restrictief toe dat de norm voor de consument geen meerwaarde heeft zolang een wettelijk verbod op het beding ontbreekt.

■ De toets bij de Engelse lagere rechter na de uitspraak van de House of Lords

11. Er bestaan niet alleen binnen de *House of Lords* maar ook in de lagere rechtspraak en in de literatuur uiteenlopende visies op het zelfstandige dan wel complementaire karakter en de 'procedurele' dan wel materiële aard van het goedetrouw-beginsel.²⁹ De alles behalve eensluidende uitspraak van de *House of Lords* vormt de leidraad voor de uitleg en toepassing van de toets in de lagere rechtspraak, waar even grote accentverschillen merkbaar zijn. Soms wordt de nadruk volledig op Lord Bingham's *procedural unfairnesstest* gelegd³⁰, dan weer op beide criteria met een gecombineerde inhoudelijke en 'procedurele' focus.³¹ Maar het accent ligt soms ook op een materiële verstoringstoets, waarin geen aandacht wordt besteed aan 'procedurele' omstandigheden, zodat de *procedural unfairness* volledig naar de achtergrond verschuift.³² Anders dan de *Law Lords* benadrukte een rechter in de *High Court* recent zelfs de overwegend inhoudelijke aard van de toets (al blijven volgens hem 'procedurele' omstandigheden een rol spelen):

*'(...) the adjudication provisions, even if proffered by the contractor in circumstances which would make it procedurally unfair for the contractor to rely on them vis-à-vis a consumer, (...) I conclude that, in this case (...) such reliance is not rendered unfair by the UTCCR because it does not substantially alter the balance of the parties' rights and obligations.'*³³

De vraag is of een eensluidende uitspraak van de *House of Lords* deze uiteenlopende interpretaties en toepassingen had kunnen voorkomen. Dit is naar analogie met de sturende rol van het HvJ EG (dat in deel III wordt besproken) een interessante vraag waarop in de conclusie zal worden terugkomen.

■ Het rentebeding getoetst aan de Nederlandse wet

12. Art. 6:233 onder a BW dient ter omzetting van de Europese oneerlijkheidstoets. De Nederlandse wetgever heeft de twee criteria uit de richtlijn niet letterlijk overgenomen: in onze onredelijk bezwarendheidstoets zijn beide criteria onlosmakelijk met elkaar verbonden. De kwalificatie 'onredelijk' is echter een onzelfstandig criterium dat slechts betekenis heeft in relatie tot het bezwarend-criterium. Hoe 'procedureel' dan wel inhoudelijk van aard is onze toets?

De toepasselijkheid van algemene voorwaarden wordt naar Nederlands recht snel aangenomen en uit art. 6:232 BW volgt dat de wederpartij gebonden is aan algemene voorwaarden waarvan de gebruiker wist dat hij de inhoud niet kende. De 'oneerlijke' manier waarop een beding in de overeenkomst is opgenomen, kan naar ons recht, zij het in beperkte mate, door de totstandkomingsleer³⁴ en/of door een beroep op art. 6:233 onder b jo. art. 6:234 BW worden geheeld. Art. 6:233 onder b betreft één bijzonder aspect van *procedural unfairness* – de schending van de informatieplicht door de gebruiker – en leidt tot vernietiging op verzoek van de consument. Een beroep hierop zal echter slechts slagen wanneer de consument geen *redelijke* mogelijkheid is geboden tot kennisneming van het beding.

De snelle gebondenheid en mogelijke 'procedurele' misers worden volgens de parlementaire geschiedenis echter door de *ruime inhoudelijke* toets uit sub a gelegitimeerd en gecompenseerd. Er is bovendien binnen de inhoudstoets ruimte gemaakt voor omstandigheden die 'de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen' betreffen. Volgens Van Wechem faalt dit compensatiemechanisme: omstandigheden met betrekking tot de aanvaarding van bedingen komen vrijwel nooit aan bod.³⁵ Doorslaggevend is meestal het door de inhoud van het beding veroorzaakte nadeel in het betreffende geval en niet de wijze waarop het beding is opgesteld en onderdeel van de overeenkomst is geworden. De rechter duidt 'procedurele' misers als de schending van het transparantiegebod³⁶ of de ongebruikelijkheid van voorwaarden (waarop niet is ge-

28 Hijma 2003, nr. 25.

29 De Engelse rechter, wetgever en doctrine hebben ruimschoots aandacht besteed aan deze materie. De belangrijkste verklaring voor hun bijzondere aandacht voor de oneerlijkheidstoets is de relatieve onbekendheid met het goedetrouw-beginsel.

30 *Bryen & Langley Ltd v Boston* [2005] EWCA Civ 973 (29 juli 2005).

31 *Westminster Building Company Ltd. v Beckingham* [2004] EWHC 138 (TCC) (20 februari 2004).

32 *Picardi (t/a Picardi Architects) v Cuniberti & Anor* [2002] EWHC 2923 (TCC) (19 december 2002).

33 *Domsalla (t/a Domsalla Building Services) v Dyason* [2007] EWHC 1174 (TCC) (4 mei 2007).

34 Art. 6:232 staat aan een beroep op *Holleman/De Klerk*-regel (gewe-

zen onder het oud BW) in de weg. Bij consumentenovereenkomsten is deze regel derhalve in onbruik geraakt.

35 T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, nr. 107-163.

36 Het transparantiegebod is nauw gelieerd aan de informatieplicht in de zin dat onheldere of onbegrijpelijke bedingen als gevolg hebben dat de consument van meet af aan over onvolledige en onnauwkeurige informatie over zijn rechtspositie beschikt. Wanneer de schending van het transparantiegebod neerkomt op een kennelijke schending van de informatieplicht is sub b de aangewezen weg. De uitleg contra-proferentem (art. 6:238 lid 2 BW) biedt meestal uitkomst bij onopzettelijk onduidelijk opgestelde bedingen.

wezen) vrijwel nooit aan als oorzaak van het nadeel. Verassende en/of dubbelzinnige bedingen zijn slechts een enkele keer op grond van sub a vernietigd.³⁷ De grens tussen de inhoudelijke en de 'procedurele' oneerlijkheid verwaagt in die gevallen enigszins. Dit geldt overigens ook bij de toepassing van art. 6:236 onder k BW (de omkering van de bewijslast betreffende de terhandstelling en aanvaarding van algemene voorwaarden).³⁸

13. Net als in de UTCCR (zowel 1994 als 1999) is het onderscheid tussen abstracte en concrete toetsing in ons BW weinig aangescherpt. Uit art. 6:240 lid 1 blijkt dat (de gezichtspunten uit) art. 6:233 onder a (en de lijsten uit), 6:236 en 6:237 BW van overeenkomstige toepassing zijn en dat een beding dat in strijd is met een dwingende wetbepaling als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Bij de invulling van de abstracte toets wordt de Nederlandse rechter verwezen naar de concrete toets, met dien verstande dat hij rekening moet houden met, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, de 'overgrote meerderheid van de gevallen'. De Nederlandse hoogste rechter heeft zich evenals de *House of Lords* (slechts) eenmaal gebogen over de invulling van de oneerlijkheidstoets in het kader van een collectieve actie. De Hoge Raad kon echter terugvallen op de wetsgeschiedenis en hielp de lagere rechter aan een duidelijk toetsingskader, iets waar de *House of Lords* bij gebrek aan houvasten niet in slaagde.³⁹ De vergelijking met de fictieve rechtstoestand vormt het uitgangspunt van de abstracte toetsing en verschaft haar een sterk inhoudelijk karakter.⁴⁰ In de Nederlandse rechtspraak komen fictieve vergelijkingen in het kader van de abstracte toetsing dan ook regelmatig voor.⁴¹ Naar Nederlands recht kan hiermee echter niet worden volstaan 'en (is) beslissend (...) of in die gevallen moet worden geoordeeld dat het beding, rekening houdend met de in de wetsgeschiedenis besproken gezichtspunten – zoals de specifieke aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en de 'typische' eigenschappen en belangen van de personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten – doorgaans tot onredelijke resultaten zal leiden'. De enkele vergelijking met het geldende recht heeft onvoldoende oog voor de concrete omstandigheden van het geval. Deze moeten een beding dat een fictieve vergelijking doorstaat niettemin een onredelijk bezwarend karakter kunnen verschaffen. Dit laatste geldt des te meer voor de concrete individuele toets, getuige het amendement-Korthals, dat zelfs tot het schrappen van de passage over de fictieve vergelijking uit art. 6:233 onder a leidde.⁴²

14. Terug naar het Engelse rentebeding. Het feit dat een beding niet uitdrukkelijk door de wet is verboden, betekent naar ons recht niet dat het de onredelijk bezwarendheidstoets doorstaat. Zo ja, dan zou de toets beperkt blijven tot de grijze en zwarte lijstbedingen. De open norm uit art. 6:233 onder a BW staat toe om ook die bedingen, die niet op de lijsten staan, op hun onredelijk bezwarend karakter te toetsen. Het rentebeding is toegestaan (naar Engels recht) maar doorstaat, volgens Lord Steyn, de fictieve vergelijkingstoets niet (nr. 10). Deze sterke indicatie voor het onredelijk bezwarend karakter van het beding wordt versterkt door de verdere omstandigheden van het geval, waarvan naar Nederlands recht zelf bij een preventieve toets niet geabstraheerd zou worden. Deze omstandigheden – het bestaan van beschermende bepalingen waarvan rechters zich bovendien onvoldoende bewust zijn, de respectieve belangen van partijen, het naar ik meen verrassende karakter van het beding – wijzen veelal in de richting van de vernietigbaarheid van het beding.

II. Het Europese referentiekader: welke toetsingswijze is richtlijnconform?

■ De Europese toets nader bezien: de meest voor de hand liggende interpretatie

15. Vormt de goede trouw zoals Lord Bingham veronderstelt een zelfstandig criterium naast de aanzienlijke verstoring (structuur) en is de Europese oneerlijkheidstoets ook daadwerkelijk overwegend 'procedureel' van aard? Door het gebrek aan richtinggevende rechtspraak vanuit het HvJ EG heb ik de structuur en aard van de toets mede uit de tekst, systematiek en de 'geschiedenis' van de richtlijn afgeleid.

Een tekstuele benadering van de richtlijn leert dat totstandkomingsregels buiten haar bestek vallen⁴³ en dat de oneerlijkheid van een beding niet voortvloeit uit de manier waarop het in de overeenkomst is opgenomen doch uit het feit dat het een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen in het nadeel van de consument bewerkstelligt. Uit art. 3 jo. art. 4 richtlijn volgt duidelijk dat de inhoud en niet de kennisneming en acceptatie van het beding het uitgangspunt vormt van de oneerlijkheidstoets.⁴⁴ De nadruk op de door de inhoud van een beding teweeggebrachte verstoring van het evenwicht blijkt ook uit de lijsten in bijlagen. De onoverzichtelijke overweging 16 uit de considerans onderstreept het belang van het *middel* goede trouw als *aanvulling* op de beoordeling van het oneerlijke karakter

37 Zie bijv. Hof Arnhem 9 september 1997, *NJ* 1998, 655 of recenter: Rb. 's-Hertogenbosch 10 november 2005, *Prg.* 2006, 9; Rb. Utrecht 30 november 2005, *LJN* AU7198; Rb. Alkmaar 10 april 2006, *NJF* 2007, 252.

38 Rb. 's-Gravenhage 25 januari 2007 en 12 april 2007, *NJF* 2007, 172, *NJF* 2007, 304 (m.b.t. een verklaringfictie).

39 HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1 (*Consumentenbond/EnergieNed*).

40 'De uitkomst van zodanige toetsing moet afhangen van een beoordeling van de gevallen waarin het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan'.

41 Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, *LJN* AT1762, r.o. 24; Hof 's-Gravenhage 9 augustus 2006, *NJF* 2006, 499, r.o. 40.

42 Amendement van het Tweede Kamerlid Korthals (nr. 30) en VC II Inv. 28 januari 1985, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1598.

43 Een wetshistorische benadering bevestigt dit. Uit het *Verslag van de*

Commissie over de toepassing van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, COM (2000) 248 def., p. 18-19, blijkt dat de Commissie de toepasselijkheid van een beding wilde laten afhangen van de naleving van de transparantieregels. De Raad was niet tegen een 'recht op transparantie' maar bleef van mening dat dit niet in het juridische kader van de richtlijn thuishoorde maar in de nationale regels inzake de totstandkoming van overeenkomsten.

44 In die zin: H.-W. Micklitz, 'House of Lords – Fair Trading v National Bank' (Case Note), *European Review of Contract Law* 2006/4, p. 479.

45 M. Tenreiro, 'The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems', *European Review of Private Law* 1995, p. 276-277. M. Tenreiro is de voor de opstelling van de richtlijn verantwoordelijke ambtenaar bij Directoraat-Generaal XXIV.

van een beding. Het complementaire⁴⁵ middel maakt de afweging van de onderscheidene belangen en omstandigheden in het geding mogelijk. Het betreft een objectief criterium.⁴⁶ De goede trouw helpt het *reële* karakter van de door het beding veroorzaakte verstoring te bepalen zodat 'het door deze overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen (kan worden) vervangen door een reël evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt'.⁴⁷ De goede trouw is geen afzonderlijke grond om het beding terzijde te stellen.⁴⁸

16. Het HvJ EG heeft nog geen duidelijke uitspraak gedaan over de structuur en aard van de toets. De *Océano*⁴⁹- en *Hofstetter*⁵⁰-uitspraken lijken het (primaire) inhoudelijke karakter en de ondergeschikte rol van de goede trouw als afwegingsmechanisme te bevestigen. Een afweging van de omstandigheden van het geval is volgens het Hof niet altijd nodig om de oneerlijke inhoud van een beding vast te stellen, dat uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekt en *geen tegenprestatie* voor de consument inhoudt. Deze formulering is ietwat ongelukkig. Is het Hof nou wel of niet op zoek gegaan naar een *reële tegenprestatie* in de overige inhoud van de overeenkomst (dat wel degelijk een *omstandigheid* uit art. 4 lid 1 is)? Uit de Franse versie van het arrest lijkt de tegenprestatie niet in het beding zelf te moeten zijn opgenomen.⁵¹ Naar ik meen, heeft het Hof wel degelijk een afweging gemaakt die neerkwam op een toepassing van de toets. Beide uitspraken kunnen als volgt worden onderscheiden. In *Océano* meende het Hof voldoende en duidelijke feiten tot zijn beschikking te hebben om door middel van een simpele, *bijna* abstracte, afweging het *reële nadeel* voor de consument vast te stellen. In *Hofstetter* heeft het Hof echter bepaald dat de vaststelling van het *reële nadeel* soms een brede, veelzijdige afweging vergt, die het in dat geval niet kon maken. Uit beide uitspraken blijkt evenwel dat de goede trouw geen zelfstandige rol is toegedicht en dat het gaat om een naar zijn aard (overwegend) inhoudelijke toets: niet de oneerlijke totstandkoming ervan maar de nadelige inhoud van het beding en mogelijke tegenprestatie hiervoor staan centraal.

17. Er valt echter niets uit deze uitspraken af te leiden over de ruimte die (eventueel) mag worden overgelaten aan 'procedurele' omstandigheden binnen de inhoudstoets (zoals de verrassendheid of onduidelijkheid van bedin-

gen). Wat kan hierover worden afgeleid uit de richtlijn en haar considerans? Het laatste deel van overweging 16 geeft aan dat de goede trouw mede toeziet op de *manier* waarop het beding in het contract is opgenomen. De hierin genoemde gezichtspunten zijn echter *niet* in de richtlijn zelf terechtgekomen en vormen in haar systematiek slechts een aanwijzing bij de invulling van het goedetrouw-criterium. Uit art. 4 lid 1 blijkt voorts dat 'alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst' bij de toets kunnen worden betrokken. Een oneerlijke gang van zaken bij de totstandkoming van een beding leidt echter dan slechts tot niet-bindendheid van het beding wanneer dit beding het evenwicht tussen rechten en plichten in het nadeel van de consument aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1). Tot slot is er in de richtlijn veel aandacht voor het transparantiegebod en het recht op informatie (art. 5, onderdeel i van de eerste bijlage en overweging 20 considerans⁵²). De gevolgen van de schending hiervan voor de geldigheid van een beding zijn echter onbekend.⁵³ Zij hangen af van de exacte ruimte binnen de toets voor 'procedurele' omstandigheden. Vormt de schending van het transparantiegebod bijvoorbeeld een *gezichtspunt* bij de *inhoudstoets*, een *grond* voor de terzijdestelling van het beding wegens *inhoudelijke* oneerlijkheid (zoals in Duitsland: § 307 BGB) of zelfs een *grond* voor de terzijdestelling van het beding wegens 'procedurele' oneerlijkheid (het gebrek aan *informed consent* waarop de toets volgens Lord Bingham toeziet)? Dit laatste lijkt op grond van voorgaande analyse te kunnen worden uitgesloten.

■ Lord Bingham's uitspraak getoetst

18. Het bewust kiezen voor het Engelse recht als uitgangspunt voor de interpretatie van een van oorsprong Europese bepaling vergroot het risico van een nationaalrechtelijke, niet-richtlijnconforme uitleg van deze bepaling. Het concretiseren van het goedetrouw-beginsel aan de hand van het in het kader van de *rules of incorporation* ontwikkelde principe van *open and fair dealing* leidt bij Lord Bingham ten onrechte tot een hoofdzakelijk 'procedurele' invulling van de toets. Behalve bij dit *common law*-principe sluit hij tevens aan bij de sterk op de informatieplicht gerichte gezichtspunten bij de *reasonableness* test uit de UCTA 1977. In de volgende overweging hanteert hij een traditionele *bottom-up* uitlegmethode (vanuit het nationale recht) die met recht doet twijfelen aan zijn intentie om tot een

46 In de literatuur bestaat er inmiddels consensus over het objectieve karakter van de goede trouw: P. Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law – A Study in Comparative and EC Law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 145.

47 HvJ EG 26 oktober 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, Jur. 2006, p. I-10421, r.o. 36. Overigens is het ontstaan met een fictieve vergelijkingstoets met het oog op de harmonisatie geen optimale aanpak: de situatie die zou gelden zonder het beding verschilt per lidstaat (door de verschillen in aanvullend recht): *Verslag van de Commissie*, p. 32.

48 Anders dan beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid naar Nederlands recht bijvoorbeeld. Andersom is het wel aannemelijk dat op grond van de goede trouw hogere (publieke) belangen een reële verstoring kunnen rechtvaardigen, waardoor de goede trouw als criterium een zekere zelfstandigheid zou verkrijgen. Slechts het Hof kan hier uitsluitsel over geven.

49 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*, NJ 2000, 730, r.o. 21-24.

50 HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter*, NJ 2005, 75, r.o. 23.

51 'Cette appréciation a été portée à propos d'une clause à l'avantage exclusif du professionnel et sans contrepartie pour le consommateur.'

52 'Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen (...)'.

53 M. Ebers, 'C. Unfair Contract Terms Directive (93/13)', in: H. Schulte-Nölke e.a. (red.), *EC Consumer Law Compendium – Comparative analysis*, december 2006, p. 329. Raadpleegbaar op: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf. Op grond van de richtlijn kan enkel worden vastgesteld dat schending van het transparantiebeginsel de uitleg contra proferentem (art. 5 rl) tot gevolg heeft en dat schending van het beginsel bij de opstelling van kernbedingen deze onderwerpt aan de toetsing (zonder deze meteen als oneerlijk aan te merken).

richtlijnconforme interpretatie van de goede trouw te komen.⁵⁴

'Each of (a), (b) and (c) also appear in Schedule 2 to the Unfair Contract Terms Act 1977 among the guidelines for application of the reasonableness test laid down by that statute, suggesting that some similarity of approach in applying the two tests may be appropriate. (r.o. 13)'

De gelijkenis tussen de gezichtspunten uit sch. 2 UTCCR 94 en die uit sch. 2 UCTA 1977 is inderdaad verwarrend groot.⁵⁵ Lord Bingham doet overigens wel een (vergeefse) poging om de Europese dimensie van de regeling in acht te nemen door overwegingen 15 en 16 uit de considerans in zijn uitleg te betrekken. Ware het niet dat deze overwegingen bij de totstandkoming van de richtlijn nou juist de tegemoetkoming vormden aan het Verenigd Koninkrijk en zijn *common law*-traditie.⁵⁶

■ De Europese abstracte toets nader bezien: Lord Steyn's uitspraak getoetst

19. Het door Lord Steyn terecht opgemerkte gebrek aan houvasten voor de abstracte toets in de UTCCR vloeit voort uit een gebrek aan houvasten in de richtlijn zelf. Art. 7 richtlijn geeft op zichzelf geen criteria en de relevantie van het concreet bedoelde art. 4 lid 1 richtlijn is bij deze toets beperkt. Hiervan was de richtlijngever zich bij de opstelling van dit artikel ook bewust.⁵⁷ Men kan voorts aannemen dat de illustratieve en indicatieve waarde van de lijst in de bijlage ook geldt in het kader van de abstracte toetsing. Het HvJ EG is echter nooit verdergegaan dan het vermelden van het onderscheid tussen de beoordeling *in abstracto* en *in concreto* van de oneerlijkheid van een beding.⁵⁸ Zeer aannemelijk is dat de Europese abstracte toets, wellicht nog meer dan de concrete omstandigheden-toets, een sterk inhoudelijk karakter draagt. Het is dan ook verwonderlijk dat Lord Bingham deze abstracte toets een danig 'procedurele' invulling kon geven.

20. Door de abstracte toets een overwegend materiële dimensie te verschaffen levert Lord Steyn een belangrijke bijdrage aan een 'Europese' uitleg van de toets in Engeland.⁵⁹ Hij heeft echter onvoldoende oog gehad voor de

beschermende strekking van de richtlijn. De richtlijn beoogt ook oneerlijke bedingen die niet bij wet zijn verboden te bestrijden (de toets zou zich anders beperken tot de toepassing van een zwarte lijst). Zijn opvatting dat de fictieve vergelijking slechts in het voordeel van de consument kan uitpakken wanneer het beding nadrukkelijk door de wetgever is verboden, is in strijd met de richtlijn.⁶⁰ Een richtlijnconforme inhoudstoets had moeten leiden tot de terzijdestelling van het beding, mede gezien de op de onwenselijkheid van het beding wijzende omstandigheid dat de Engelse rechter de bevoegdheid heeft om rentebedingen hun werking te ontnemen na een *time order* (s. 136 CCA 1974). De omissie hiervan gebruik te maken, kan juist door de oneerlijkheidstoets worden gecompenseerd.⁶¹ De niet-bindendheid van het beding is ook de verwachte uitkomst van de Nederlandse toets (nr. 14), die qua aard en structuur grote gelijkenis vertoont met de Europese toets.⁶² De niet-richtlijnconforme abstracte toetsing door Lord Steyn is net als de twijfelachtige uitleg van de toets als een 'procedurele' toets door Lord Bingham terug te voeren op de grote waarde die wordt gehecht aan het beginsel van contractsvrijheid en de ondergeschiktheid van de Europese toets aan dit beginsel.

III. Prejudiciële sturing en de harmonisatie van de oneerlijkheidstoets

■ De verwijzingsbereidheid van de nationale rechter

21. Er is met betrekking tot de *First National Bank*-uitspraak veel en in kritische termen geschreven over de beslissing van de *Law Lords* om geen prejudiciële vraag aan het HvJ EG te stellen over de uitleg van het goedetrouwbeginsel uit art. 3 lid 1 richtlijn (r.o. 25).⁶³ Los van de interpretatieverschillen tussen lidstaten en tussen de verschillende instanties die zich over deze zaak hebben gebogen (nr. 8), lopen de invullingen van de norm door de *Law Lords* al dermate uiteen dat onderstaande overweging van Lord Bingham enige verbazing wekt.

'The member states have no common concept of fairness or good faith, and the directive does not purport to state the law of any single member state. It lays down a test

54 Micklitz 2006, p. 474.

55 De volgende (overigens overwegend 'procedurele') gezichtspunten komen in beide toetsen voor: a) de sterkte van de relatieve onderhandelingsposities van de partijen, daarbij rekening houdend met de vraag of op andere wijze aan de eisen van de consument tegemoet kon worden gekomen; b) de vraag of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangespoord tot instemming met het beding, dan wel de mogelijkheid had elders een soortgelijke overeenkomst te sluiten zonder in te hoeven stemmen met een soortgelijk beding; c) de vraag of de consument wist of redelijkerwijze had kunnen weten van het bestaan en de strekking van het beding.

56 Nebbia 2007, p. 144. Hiermee werd de bezorgdheid over de introductie van een algemeen goedetrouw-beginsel gecompenseerd.

57 'Onverminderd artikel 7 worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding van een overeenkomst alle omstandigheden (...)'.⁵⁸

58 Zoveel blijkt uit HvJ EG 9 september 2004, C-70/03, *Commissie van de Europese Gemeenschappen v. Koninkrijk Spanje*, overweging 16.

59 De vraag is echter of zijn uitleg in die zin doorklinkt in de lagere rechtspraak. De aandacht bij de toepassing van de abstracte toets blijft nog steeds hoofdzakelijk gericht op een generalisering van de 'procedurele' aspecten, zie bijvoorbeeld: *The Office Of Fair Trading v. MB Designs (Scotland) Ltd* [2005] S.L.T 691.

60 Zie ook: Micklitz 2006, p. 476-477.

61 En niet, zoals de *Court of Appeal* stelt, door het beding zelf (nr. 8).

62 De complementaire rol van de objectieve goede trouw en het overwegend inhoudelijke karakter van de toets komen overeen. De nadruk ligt hier bij de vaststelling van het nadeel echter meer op de concrete (buitencontractuele) omstandigheden van het geval dan op de balans tussen de respectieve rechten en plichten van partijen (i.e. de inhoud van het contract).

63 Zie o.a.: H. Collins, *The Forthcoming Directive on Unfair Commercial Practices – Contract, Consumer and Competition Law Implications*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, p. 20; M. Dean, 'Defining Unfair Terms in consumer contracts – Crystal Ball Gazing? Director General of Fair Trading v First National Bank plc', MLR 2002, p. 776.

to be applied, whatever their pre-existing law, by all member states. If the meaning of the test were doubtful, or vulnerable to the possibility of differing interpretations in differing member states, it might be desirable or necessary to seek a ruling from the European Court of Justice on its interpretation. But the language used in expressing the test, so far as applicable in this case, is in my opinion clear and not reasonably capable of differing interpretations. (r.o. 17)

Er schuilt een zekere tegenspraak in deze overweging: wanneer de goede trouw naar verschillende rechtstradities verwijst, valt dan redelijkerwijze te verwachten dat de nationale rechters tot een uniforme uitleg en toepassing van die toets zullen komen? Lord Bingham ziet echter geen aanleiding om zich tot het HvJ EG te wenden. Lord Steyn is de europeanisering gunstiger gezind: een gemeenschapsautonome uitleg vormt volgens hem een voorwaarde voor de uniforme toepassing van de rommelige want uit pragmatische compromissen ontstane richtlijntekst (r.o. 32). Hij denkt hier echter zelf toe in staat te zijn, ten onrechte zoals eerder bleek. De terughoudendheid van de Engelse rechter ten aanzien van het instellen van prejudiciële procedures is een bekend gegeven.⁶⁴ In deze zaak laat het zich mogelijk verklaren door een zeker verzet tegen de harmonisatie van het contractenrecht en de alles behalve neutrale bijdrage van het HvJ EG aan dit harmonisatieproces.⁶⁵

21. Op grond van de *CILFIT*-uitspraak⁶⁶ had een prejudiciële vraag moeten worden gesteld. Van een nationale rechter wordt verwacht dat hij zich tot het HvJ EG richt met vragen over de uitleg van het gemeenschapsrecht. Voor de laatste nationale instantie (zoals de *House of Lords*) bestaat bij uitlegvragen een *plicht* tot het indienen van een prejudicieel verzoek, tenzij er ter zake al rechtspraak voorhanden is⁶⁷ (*acte éclairée*) of in geval de juiste uitlegging van het gemeenschapsrecht evident is (*acte clair*).⁶⁸ Van een *acte éclairée* was i.c. geen sprake. Lord Bingham was van mening dat hij te maken had met een *acte clair*. Als maatstaf voor de beoordeling van een *acte clair* geldt dat er 'geen enkele ruimte voor redelijke twijfel' over mag blijven. Uit de tegenstrijdige interpretaties en uitkomsten van de toets door de verschillende instanties en door de *Law Lords* zelf, blijkt dat zelfs in Engeland weinig overeenstemming bestond. Van een *acte clair* is dus zeker geen sprake.

■ Hofstetter en de 'onwil' van het HvJ EG

23. De *Hofstetter*-uitspraak van het HvJ EG lijkt de keuze van de *House of Lords* achteraf te 'rechtvaardigen'. Het HvJ EG heeft in deze uitspraak de invulling van de oneerlijkheidstoets aan de nationale rechter overgelaten in alle ge-

vallen waarin het beding niet *apert* oneerlijk is en een brede afweging moet worden gemaakt (nr. 16). Naar aanleiding van deze uitspraak heeft een lagere Engelse rechter onlangs bepaald dat:

*'the upshot is, therefore, that it is for the English court to consider the issue of fairness or unfairness according to the language used in the Regulations and the guidelines provided by the House of Lords.'*⁶⁹

Het lijkt alsof bij deze lagere rechter iedere prikkel tot het instellen van een prejudicieel verzoek met betrekking tot de oneerlijkheidstoets is verdwenen door het gecombineerde effect van de *Hofstetter*- en de *First National Bank*-uitspraken. Hij vertrekt vanuit de interpretatie van de UTCCR-toets door Lord Bingham en staat niet stil bij de richtlijnconformiteit hiervan. Aan deze voor de harmonisatie van het contractenrecht onwenselijke situatie heeft het HvJ EG zelf actief bijgedragen.

24. Het is vanuit de harmonisatiegedachte niet meer dan logisch dat het HvJ EG zich over de aard en de structuur van de oneerlijkheidstoets buigt: 'bij de uitleg van een communautaire norm (...), hoort ook instructie over de criteria die aan dit begrip invulling geven.'⁷⁰ Het HvJ EG lijkt echter de uitleg van de toets aan de open norm uit de Richtlijn oneerlijke bedingen te schuwen en wijst in *Hofstetter* en *Mostaza Claro* nadrukkelijk op het bijzondere (eenmalige?) karakter van zijn concretisering van de toets in *Océano*. In het verleden heeft het Hof echter niet nagelaten open normen van een duidelijke en objectieve toetsingscriteria te voorzien: de misleidend-norm is in de vrij verkeer-rechtspraak veelvuldig uitgelegd (en zelfs toegepast, wat het HvJ EG niet mag doen). De internemarktbetekenis van deze norm vormde een doorslaggevende overweging voor het HvJ EG om over te gaan tot interpretatie hiervan. De vraag rijst of de gereserveerdheid van het HvJ EG zijn sombere visie op het internemarkt doel van de op art. 95 EG gebaseerde Richtlijn oneerlijke bedingen vertaalt. In dit geval zullen deze terughoudendheid ten aanzien van de eigen interpretatieplicht en de in dit artikel geconstateerde interpretatieve verscheidenheid blijven voortbestaan.

■ Praktische onmogelijkheid

25. Het verkrijgen van 'prejudiciële' sturing is niet slechts afhankelijk van de bereidwilligheid van de nationale en gemeenschapsrechter maar ook van de door hen geziene (praktische) mogelijkheden om bij te dragen aan een autonome Europese definitie van de norm. Wanneer de nationale rechter de keuze heeft om een vraag te stellen stuit deze keuze in verband met de zeer lange duur van een prejudiciële procedure (twee jaar) vaak op praktische be-

64 T. Tridimas, 'Knocking on Heaven's door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure', *Common Market Law Review* 2003, p. 38.

65 P. Nebbia, 'Case Law – National Courts – Director General of Fair Trading v *First National Bank*, House of Lords [2001] 3 WLR 1297', *CLMR* 2003, p. 991-993.

66 HvJ EG 6 oktober 1982, C-283-81, *Cilfit v Ministerie van Volksgezondheid*, NJ 1983, 55.

67 En eventuele nieuwe regelgeving geen echte twijfel doet rijzen over de mogelijkheid om die rechtspraak als houvast te hanteren.

68 Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters, *PbEU* 2005, C-143-1.

69 *Bryen & Langley Limited v Boston* [2004] EWHC 2450 (TCC).

70 Noot P.B. Hugenoltz onder HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00 (*SENA/NOS*); HR 28 mei 2004 (*SENA/NOS*) en HR 28 november 2003 (*SENA/NKP*), NJ 2006, 376, nr. 4, over de *billijke* vergoedingsnorm uit de Richtlijn 92/100/EEG inzake het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom.

zwaren. Zo rijst ook de vraag of het HvJ EG, al zou het daartoe bereid zijn, wel in staat is om tot een uniforme uitleg van de toets te komen. Er is begrip voor het feit dat het Hof in zijn beantwoording van de prejudiciële vraag in de *Hofstetter*-zaak geen ruimte heeft gezien om richtsnoeren te ontwikkelen en subcriteria te stellen voor een geharmoniseerde toets. De vraagstelling van de Duitse rechter zou leiden tot een toepassing door het Hof van de toets op concrete feiten. Mogelijk zou een iets abstractere formulering het Hof bewegen tot de explicitering van de norm uit de richtlijn.⁷¹ Het Hof dient autonoom vast te stellen wat als standaard moet gelden zonder de toets toe te passen. De autonome uitlegging kent voor wat betreft de oneerlijkheidstoets echter zijn natuurlijke grenzen.⁷² De open norm is het resultaat van een complex compromis op een relatief nieuw en sterk nationaal bepaald terrein – het contractenrecht – en vergelijkbare concepten ontbreken.⁷³ Uit *Hofstetter* blijkt dat het Hof zichzelf niet als een forum beschouwt dat bekend is met het civiele recht, zijn methodologie en met de werking van de verschillende (nationale) markten. Het Hof lijkt bij deze civielrechtelijke norm op een expertiseprobleem te stuiten.⁷⁴ Een harmonieuze toepassing van de oneerlijkheidstoets vraagt om een eenduidige visie. Probleem is echter dat nationale rechters en het Hof bij deze norm bereid *noch* in staat lijken deze visie te helpen ontwikkelen. Toch zijn er enkele uitzonderingen. Duitse (*Hofstetter*), Franse (*Cofidis*) en Spaanse lagere rechters (*Océano* en *Mostaza Claro*) hebben de ‘tijd’ gevonden om zich met hun vragen tot het Hof te wenden. Het Hof heeft bovendien niet altijd dezelfde terughoudendheid getoond ten opzichte van de interpretatie van open normen en zou bij gebrek hieraan de nodige expertise kunnen aantrekken. Waar een wil is, is een weg.

■ Tot slot: ‘horizontal’ cross-referencing als aanvullende oplossing

26. Het is op grond van het voorgaande zeer aannemelijk dat de oplossing voor het harmonisatieprobleem voor een

deel bij een meer en gestructureerde ‘prejudiciële’ sturing ligt. Een eensluidende uitspraak over de structuur en aard van de toets zal de aan nationale rechtstradities gelieerde interpretatieverschillen mogelijk doen afnemen. Toch is een dergelijke sturing in de vorm van een autonome en uniforme uitleg van de toets niet afdoende om toepassingsverschillen tegen te gaan.

Uitspraken van lagere Engelse rechters zijn, voor zover vergelijkbaar, even dissonant als die van de *Law Lords* in *First National Bank* (nr. 11). Een analogie met het gebrek aan sturing door het HvJ EG ligt hier voor de hand. Opvallend is echter dat, ondanks het gebrek aan sturing, sommige rechters uit zichzelf de toets richtlijnconform interpreteren, door de nadruk te leggen op een inhoudelijke toets en op het door een beding veroorzaakte reële nadeel. Echter, bij enigszins vergelijkbare feiten, komen deze rechters met betrekking tot hetzelfde type beding tot wel heel verschillende toetsingsuitkomsten.⁷⁵ Al worden structuur en aard van de toets richtlijnconform opgevat, de afwegingen die nationale rechters maken teneinde een *naar eigen inzicht* rechtvaardig resultaat te bereiken, lopen uiteen. Over de gemaakte afweging in een concreet geval mag het Hof zich evenwel niet buigen.

Een uniforme interpretatie van de toets (aard en structuur) door het Hof biedt geen garantie voor de door de Commissie nagestreefde harmonisatie in de toepassing (concrete afweging). Als aanvulling op de sturing van bovenaf, lijkt mij de toename van “‘horizontal’ cross-referencing” tussen rechters (op nationaal en Europees niveau) een geschikter middel dan een Gemeenschappelijk Referentiekader⁷⁶ om deze harmonisatie te bewerkstelligen. De rechter dient zich bij deze vorm van vergelijkende rechtsvinding af te vragen *waarom* in een concreet geval een andere uitkomst wordt bereikt en of dit verschil in het licht van de harmonisatie-doelstelling te rechtvaardigen is. In dit verband is de hoop vaak gericht op de databank CLAB.⁷⁷ Verdere ontwikkeling en verbetering van deze databank verdienen daarom aanbeveling.

71 Micklitz 2006, p. 479-480 spreekt van een ‘communication gap’ tussen nationale rechter en HvJ EG.

72 G. Ajani & M. Ebers, ‘Uniform Terminology for European Contract Law: Introduction’, in: G. Ajani, M. Ebers (red.), *Uniform Terminology for European Contract Law*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 12-13. Vergelijk ook het subsidiariteitsbeginsel. Het is echter niet zo dat de richtlijnnorm rechtstreeks aan het nationale recht refereert, wat weer pleit voor een gemeenschapsautonome uitleg van de norm.

73 Uitleg van het goedetrouw-begrip door het HvJ heeft tot op heden slechts betrekking gehad op de subjectieve goede trouw. De objectieve goede trouw in de contractuele sfeer is een noviteit.

74 G. Wagner, ‘The virtues of Diversity in European Private Law’, in: J. Smits (red.), *The Need for a European Contract Law – Empirical and Legal Perspectives*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 21. Zie ook: S. Weatherill, ‘Can there be common interpretation of European private law’, *Georgia Journal of International and Comparative law* 2002, p. 160.

75 Vgl. de tegenovergestelde uitspraken in *Picardi (t/a Picardi Architects) v Cuniberti & Anor* en *Domsalla (t/a Domsalla Building Services) v Dyason* inzake een *adjudication clause*.

76 Zie noot 11.

77 S. Weatherill 2002, p. 164.